



Expte.: R-19/2013

ACUERDO 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por don P.P.L. en representación de Exercycle S.L., frente a la propuesta de adjudicación del contrato de suministro de máquinas cardiovasculares para la sala de musculación de las instalaciones deportivas municipales de Huarte.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Huarte de 22 de abril de 2013 se aprobó el pliego de condiciones económico - administrativas y técnicas para la contratación mediante procedimiento negociado sin publicidad del suministro de máquinas cardiovasculares para la sala de musculación de las instalaciones deportivas municipales de Huarte dando inicio al expediente de contratación.

SEGUNDO.- A la licitación concurren cinco empresas: Life Fitness Brunswick Ibérica SA, Johnson Health Ibérica SL, Technogym Trading SA, Strac Fitness SL y Exercycle SL. Tras la valoración técnica de las ofertas presentadas el día 16 de mayo de 2013 tuvo lugar el acto de apertura de las proposiciones económicas.

En la misma fecha el Alcalde del Ayuntamiento de Huarte comunicó a los participantes la decisión de adjudicar el contrato a TECHNOGYM TRADING S.A. y ofreció un plazo de “alegaciones” de 10 días naturales “a tenor de lo establecido en artículo 200 de la Ley Foral de Contratos de Navarra”. Junto a dicha comunicación se adjuntaron una tabla de puntuaciones técnicas y económicas y otra tabla que incluía un desglose de puntuaciones técnicas donde subdividía la valoración técnica en distintos

subcriterios (técnicas maquinas cardiovasculares – que a su vez subdividía en otros 4 apartados –, tablas o despieces, tablas coste servicio post venta, ampliación plazo de garantía y servicio asistencia, otras mejoras).

TERCERO.- El día 24 de mayo de 2013, don P.P.L., en representación de Exercycle, S.L., presentó reclamación en materia de contratación pública a través del Portal de Contratación de Navarra frente a la propuesta de adjudicación del contrato, en la que solicitaba la revisión de la valoración técnica otorgada.

En particular, considera que en ningún precepto del condicionado consta que se valorará con mayor puntuación a las cintas respecto al resto de elementos a contratar, ni que se puntúen predominantemente 3 aspectos concretos (1.- la potencia del motor, peso máximo del usuario y armazón, 2.- prestaciones que contribuyan a disminuir el consumo. 3.- Consolas de fácil manejo), al contrario que le comunicó, en respuesta a la aclaración sobre sus puntuaciones, el Patronato de Deportes del Ayuntamiento de Huarte. Asegura que de haber conocido todas estas consideraciones habría adecuado mejor su oferta a lo solicitado.

Cuestiona que ciertos aspectos técnicos no le hayan sido tenidos en cuenta mientras que sí han sido valorados a otras empresas (estructura de acero de las cintas, ahorro energético de las máquinas que aporta), o que resulta subjetiva la valoración relativa a la sencillez de la consola (pantalla) de las máquinas.

Reconoce que no ha aportado documentación técnica de bicicletas estáticas en su oferta, cuestión sobre la que entiende *“debiera habersele exigido la posibilidad de subsanación de errores o aclaración adicional.”*

Afirma además que no se le ha valorado adecuadamente el criterio relativo a tablas y despieces por considerar que no era obligado aportar un despiece gráfico de las piezas bastando a su entender con el despiece de código, descriptivo y precio, ni el criterio relativo a la ampliación del plazo de garantía y servicio post venta.

CUARTO.- Con fecha 28 de mayo de 2013 se requirió a la reclamante a aportar los documentos que acrediten la representación de don P.P.L. y los documentos en los que el solicitante funde su petición, así como una copia de la comunicación o notificación del acto objeto de impugnación.

QUINTO.- Aportada la información requerida dentro del plazo conferido al efecto, por Acuerdo 7/2013, de 31 de mayo de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra se admitió a trámite la reclamación en materia de contratación pública de referencia y el mismo día se solicitó a la entidad contratante la remisión del expediente administrativo y su contestación a la reclamación, otorgándole un plazo de tres días hábiles al efecto.

SEXTO.- El día 4 de junio de 2013 la entidad contratante aportó parte del expediente de contratación. El 5 de junio de 2013 se requirió al Ayuntamiento de Huarte a la aportación del expediente completo. El Ayuntamiento dio cumplimiento al requerimiento el día 6 de junio de 2013.

En sus alegaciones afirma que el criterio utilizado para el reparto de la puntuación entre los diferentes equipamientos licitados ha sido el siguiente: *“se ha destinado mayor puntuación al equipamiento de cinta porque es el equipamiento de mayor coste económico dentro del conjunto licitado, además de ser el equipamiento más valorado porque es el de mayor número de horas de uso en la instalación deportiva y precisa más labores de mantenimiento.”* Además aduce diversas motivaciones de carácter técnico respecto de las valoraciones realizadas por la unidad gestora del contrato (a la que denomina sin que el pliego lo exija Mesa de Contratación) para terminar solicitando la desestimación de la reclamación, considerando el proceso de contratación seguido ajustado a derecho.

SÉTPIMO.- Con fecha 7 de junio de 2013 se dio trámite de audiencia al resto de licitadores para que en el plazo de tres días hábiles pudieran presentar las alegaciones a la reclamación y aportar y solicitar las pruebas que considerasen oportunas en defensa de su derecho, sin que hicieran uso de tal facultad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 7/2013, de 31 de mayo de 2013, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

En la “comunicación” del Alcalde de Huarte del día 16 de mayo de 2013 se daba conocimiento de que iba a adjudicarse el contrato que nos ocupa a TECHNOGYM TRADING S.A. y “a tenor de lo establecido en el artículo 200 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de julio de Contratos de Navarra se da traslado dicha propuesta a todas las empresas participantes por si desean presentar alegaciones en el plazo de 10 días naturales.”

El artículo 200 de la LFCP no regula la posibilidad de realizar alegaciones por los licitadores sino que establece un plazo de suspensión de la eficacia respecto del acto de adjudicación de adjudicación del contrato. En dicho plazo es posible interponer, entre otros recursos, la reclamación en materia de contratación pública.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada en la reclamación es la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de los criterios de adjudicación, por no haber aplicado los mismos criterios a las diferentes licitadoras y el establecimiento de subcriterios respecto de los criterios técnicos de valoración con posterioridad a la recepción de las ofertas.

Con carácter previo al pronunciamiento sobre el fondo del asunto debe ponerse de manifiesto una cuestión esencial respecto de la adjudicación del contrato que sin perjuicio de no haber sido aducida por las partes constituye un elemento fundamental para analizar la reclamación que nos ocupa. Nos encontramos ante un procedimiento negociado sin publicidad cuyo condicionado no contiene término de negociación alguno. Tampoco consta que se haya realizado negociación alguna.

Al contrario, del condicionado se desprende que la adjudicación del contrato se realizará como si se tratase de un procedimiento abierto, sin que existan en el condicionado ni en las actuaciones de la Mesa de contratación actuación alguna relacionada con la negociación de las ofertas que se presentarán a la licitación. Tan solo se invitó a determinadas empresas a participar, se abrieron simultáneamente las ofertas y se aplicaron los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación.

La cláusula 8 del condicionado regula la presentación de ofertas refiriéndose a una única presentación de ofertas. La cláusula 9 dedicado a los criterios de adjudicación no contempla procedimiento de negociación alguno remitiéndose al otorgamiento de puntuaciones en función de la documentación técnica y económica contenida en las proposiciones de los licitadores. De las actas contenidas en el expediente de contratación se observa que en el proceso no ha existido negociación.

Nada habría de objetarse si el valor estimado del contrato fuera inferior a 15.000 euros IVA excluido. Pero por encima de dicha cantidad es posible emplear el procedimiento negociado, conforme al artículo 73.1.e) de la LFCP, pero debe existir negociación al menos con tres empresas.

El artículo 70.1 de la LFCP define al procedimiento negociado como *“un procedimiento de adjudicación no formalizado, en el que la Administración consulta y negocia las condiciones del contrato con uno o varios empresarios de su elección y selecciona la oferta justificadamente.”*.

El artículo 74 de la LFCP prescribe asimismo que en las invitaciones se contengan *“las necesidades que busca cubrir la Administración así como los términos de la negociación”*, exigiendo que durante la negociación todos los licitadores reciban igual trato.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C- 337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa

establece que *“las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato...”*. Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011(C-401/09 P) *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai contra Banco Central Europeo*.

Resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, en relación con los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, sin que pueda quedar fijada con carácter inalterable la oferta, a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones correspondientes a los abiertos y restringidos. Por ello deberá existir cuanto menos una ronda de negociación tras recibirse la primera proposición. En otro caso no puede entenderse que exista negociación y se estarán vulnerando las reglas fundamentales para la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado, incurriendo en nulidad de pleno derecho, al omitirse un trámite esencial de este procedimiento. Trámite que, reiteramos, sirve, precisamente, para diferenciar este procedimiento respecto de otros.

En este sentido se pronuncia la Resolución nº 050/2011 de 24 de febrero de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual considera además *“la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas.”*

El Informe 21/97, de 14 de julio de 1997 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que *“el procedimiento negociado, término procedente de las nuevas Directivas comunitarias, es un procedimiento de adjudicación de contratos, caracterizado frente a la subasta y al concurso, ..., porque la adjudicación del contrato se adjudica... “previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios” y siendo la consulta y negociación los elementos esenciales definidores de este procedimiento de adjudicación, como antes lo eran de la*

contratación directa aunque la legislación anterior no era tan expresiva en este extremo, todas las cuestiones planteadas tienen que ser resueltas conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación que caracteriza a este procedimiento de adjudicación con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación.”

El Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aseguraba que *"el elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido es que mientras que en estos no existe posibilidad de entrar en negociación sobre la propuesta presentada por cada licitador, en el procedimiento negociado se exige que previamente se ha señalado cuál será el objeto de la negociación y que, una vez verificada ésta, se han de fijar los términos del contrato, o dicho de otra manera se cerrará el contenido de los pliegos como soporte en el que se fijan los derechos y obligaciones de las partes y se definen los pactos y condiciones propios del contrato, como consecuencia de tal negociación..."*

En el mismo sentido que los anteriores informes se pronuncia el informe 16/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *“la razón de ser de su utilización, es la selección del contratista mediante una negociación entre el órgano de contratación y las empresas invitadas o candidatas, proceso que va delimitando las condiciones del contrato a partir de una primera oferta presentada por cada licitador. Lo que diferencia a este procedimiento del abierto y el restringido es que en este procedimiento, la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza mediante la negociación con los licitadores(...)La singularidad de la aceptación de la negociación en la contratación pública adquiere relevancia si se considera que, efectivamente, en los procedimientos abierto y restringido está prohibida cualquier negociación con los licitadores que entregan sus proposiciones en contenedores cerrados (sobre cerrado, sobre electrónico) y ya no tendrán más contacto ni relación con el órgano de contratación hasta el acto público de apertura de proposiciones y tampoco luego, en absoluto, durante todo el proceso valorativo de sus ofertas”.*

El informe 1/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña pone el acento en que se trata de un procedimiento excepcional y flexible donde es imprescindible la negociación *“quedando en otro caso desvirtuada la propia esencia y naturaleza de este procedimiento”*. *“Finalmente, conviene señalar también que esta Junta no desconoce que los órganos de contratación recurren a la utilización del procedimiento negociado sólo por el hecho de concurrir alguna de las causas habilitantes previstas en los artículos 154 a 159 de la LCSP, pero sin recoger en los pliegos de cláusulas administrativas correspondientes verdaderos mecanismos de negociación con las empresas participantes, que es el elemento definido de este tipo de procedimiento y del cual deriva la flexibilidad que lo caracteriza. Así, hay que tener en cuenta que, en estos casos, además de desvirtuarse la propia esencia y naturaleza de los procedimientos negociados, la flexibilidad que caracteriza a este tipo de procedimientos -y de la cual deriva la falta de obligatoriedad de presentar la documentación relativa a las ofertas de las empresas de una forma prefijada- pierde su fundamento por la ausencia de mecanismos de negociación, ya que éste es el elemento que, hay que insistir, motiva la necesidad de flexibilidad en estos procedimientos.”*

El Informe de 26 de junio de 1995, de dicha Junta Consultiva afirmaba también que *“la determinación previa de los aspectos negociables y de los criterios de adjudicación son los que aseguran el respeto a los principios de igualdad y no discriminación... y alejarán el procedimiento negociado de un sistema subjetivo y arbitrario de selección del adjudicatario”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en su informe de 21 de julio de 2010 realiza una consideración plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa: *“...no consta que se haya producido ningún tipo de negociación con los candidatos, sino que simplemente se han valorado las ofertas presentadas de acuerdo con los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego, como si se tratase de un procedimiento abierto. Así pues, parece evidente que se ha omitido el trámite correspondiente a la negociación, esencial en este tipo de procedimiento.”*

El Informe 3/2007, de 1 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía se pronuncia en el mismo sentido, distinguiendo las fases de negociación y adjudicación.

El Tribunal de Cuentas ha criticado de forma reiterada la *“ausencia de auténtica negociación en los contratos adjudicados por procedimiento negociado”* entre otros en su informe nº 947, donde critica que el órgano de contratación fiscalizado *“se limitó a invitar a diversas empresas a presentar ofertas para sin ulterior negociación adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación predeterminados en el correspondiente pliego, sin establecer con esas empresas la negociación exigida tanto por el artículo 92.3 TRLCAP como por el artículo 162.4 LCSP. Como ya ha puesto de manifiesto este Tribunal con esta práctica se desnaturaliza el procedimiento negociado, que se vacía del contenido que le es propio para asimilarse formalmente al procedimiento abierto...”*

En definitiva, la ausencia de negociación configura la omisión de un trámite esencial de este procedimiento. El artículo 126.2.a) de la LFCP considera como causas de nulidad de derecho administrativo, las establecidas en la legislación general del procedimiento administrativo. En particular, en el caso que nos ocupa, nos encontramos con la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la LJPAC, (*“e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.”*).

Como pone de relieve el Dictamen 208/2010, de 6 de octubre de 2010 del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, relativo a la revisión de oficio de la contratación del servicio consistente en la gestión del velatorio municipal mediante procedimiento negociado sin publicidad, la omisión de los trámites esenciales del procedimiento conlleva la concurrencia de la causa citada sin que sea necesaria la ausencia total de procedimiento siendo suficiente con que el vicio conlleve que *“el procedimiento utilizado es otro distinto al exigido legalmente o bien cuando, aun*

existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos de los afectados.”

“La propia dicción de este precepto legal hace suponer que no queda acogido dentro del supuesto de nulidad cualquier incumplimiento de las formas procedimentales necesarias para la creación del acto, sino exclusivamente aquéllos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación. De este modo lo vino entendiendo tradicionalmente el Tribunal Supremo, quien en su Sentencia de 21 de octubre de 1980 afirmaba que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en dicho artículo, “el empleo de los adverbios allí reflejados -total y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto”. No obstante, si bien, según lo expuesto, una primera reflexión parece conducir a referir el vicio de nulidad citado a aquellos supuestos en que se dicta el acto de plano y sin procedimiento alguno, la jurisprudencia ha abandonado esta posición restrictiva huyendo de la estricta literalidad del precepto y adoptando una postura más matizada, al entender que entran dentro del ámbito de aplicación de la causa de nulidad aludida los supuestos en que se han omitido trámites esenciales del mismo -entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, de 31 de mayo de 1991, de 9 de diciembre de 1993 o de 15 de junio de 1994. Similar trayectoria se observa en la doctrina del Consejo de Estado, quien, tras afirmar en una primera etapa que para poder ampararnos en el motivo indicado sería precisa la total y absoluta falta del procedimiento señalado, lo que supondría adoptar un acto administrativo careciendo mínimamente de la base procedimental sobre la que discurre la senda de la legalidad en la adopción del mismo, en dictámenes emitidos con posterioridad ha llegado a aceptar que la falta comprobada de un requisito formal esencial para la producción de un acto resulta suficiente para determinar la nulidad del mismo por el motivo analizado -entre otros, Dictamen 591/1995-. En suma, y siguiendo la línea expuesta por este Consejo Consultivo en

reiteradas ocasiones -entre otros, en dictámenes 7/1998, de 27 de enero; 62/1999, de 14 de septiembre; 12/2000, de 22 de febrero; 151/2004, de 24 de noviembre; 97/2009, de 21 de mayo; o 210/2009, de 14 de octubre- hay que afirmar que procede admitir la concurrencia del motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, cuando el procedimiento utilizado es otro distinto al exigido legalmente o bien cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos de los afectados.”

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 determina la nulidad de pleno derecho de las irregularidades procedimentales donde se omiten los principales trámites del procedimiento en cuestión.

La sentencia del mismo Tribunal de 21 de mayo de 1997 exige que *“para que un acto administrativo sea nulo de pleno derecho es necesario que la Administración haya omitido los requisitos sustanciales para la formación del acto de que se trate”*.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006 indicó lo siguiente: *“La configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común -o unas reglas comunes de procedimiento añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados-y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate*

(cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la identificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto.”

Por todo lo anterior, al haberse incumplido un trámite esencial del procedimiento negociado como es la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores, debe anularse el acto recurrido.

TERCERO.- Respecto de la incorrecta valoración de los criterios técnicos que aduce la reclamante, debe indicarse que no es competencia de este Tribunal sustituir el juicio técnico de quien valora las ofertas, pero sí que lo es analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla. Así lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 80/2012, de 30 de marzo.

En primer lugar se argumenta por la recurrente que en ningún precepto del condicionado consta que se valorará con mayor puntuación a las cintas respecto al resto de elementos a contratar, ni que se puntúen predominantemente 3 aspectos concretos (1.- la potencia del motor, peso máximo del usuario y armazón, 2.- prestaciones que contribuyan a disminuir el consumo. 3.- Consolas de fácil manejo), al contrario que le comunicó, en respuesta a la aclaración sobre sus puntuaciones, el Patronato de Deportes del Ayuntamiento de Huarte. Asegura que de haber conocido todas estas consideraciones habría adecuado mejor su oferta a lo solicitado.

Como tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestro Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo *“los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los*

critérios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. (...) Si bien es muy plausible el esfuerzo realizado por la Comisión de valoración en objetivar sus puntuaciones y pormenorizar al máximo tal actividad, no es menos cierto que la valoración efectuada contiene elementos (subcriterios de tercer nivel y penalizaciones) que de haber sido conocidos por los interesados en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación.”

Igualmente con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008 Emm. G. Lianakis AE y otros contra Dimos Alexandroupolis y otros (C- 532/06) afirmamos que “no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;

- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y

- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. (...)

En consecuencia, concluye la STJUE de 24 de enero de 2008, la Directiva, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. ”

Ello es aplicable al establecimiento de subcriterios dentro del apartado “criterios técnicos en las máquinas cardiovasculares” donde la unidad gestora del contrato determinó a posteriori entre los cuatro equipamientos solicitados del siguiente modo: 15 puntos al equipamiento de cinta, 5 puntos al equipamiento de la bicicleta estática, 5 puntos a la máquina elíptica y 5 puntos a la máquina de step.

Por ello, la reclamación debe ser estimada en este punto.

Alega además la reclamante que ciertos aspectos técnicos no le hayan sido tenidos en cuenta mientras que sí han sido valorados a otras empresas (estructura de acero de las cintas, ahorro energético de las máquinas que aporta), o que resulta subjetiva la valoración relativa a la sencillez de la consola (pantalla) de las máquinas.

Reconoce que no ha aportado documentación técnica de bicicletas estáticas en su oferta, cuestión sobre la que entiende *“debiera habersele exigido la posibilidad de subsanación de errores o aclaración adicional.”*

Afirma además que no se le ha valorado adecuadamente el criterio relativo a tablas y despieces por considerar que no era obligado aportar un despiece gráfico de las piezas bastando a su entender con el despiece de código, descriptivo y precio, ni el criterio relativo a la ampliación del plazo de garantía y servicio post venta.

Al respecto debemos acudir a la Doctrina jurisprudencial sentada entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2003, que, refiriéndose a un acuerdo de adjudicación de un contrato y los criterios de valoración aplicados, manifiesta que se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones solo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción *“iuris tantum”*, salvo que ésta quede desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error debidamente acreditado por parte del que lo alega. Vid igualmente la Resolución nº 10/2012 de 25 de enero de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Estos motivos deben ser desestimados pues, a la vista de la documentación que conforma el expediente y especialmente de las aclaraciones que respecto de la valoración técnica practicada han sido remitidas a la recurrente por el Patronato de Deportes, reproducidas luego en el escrito de alegaciones presentado por el Ayuntamiento de Huarte ante este Tribunal, no ha quedado probado que haya existido error o arbitrariedad en el procedimiento, ni se aprecia que exista desviación de poder.

Todo ello conlleva la estimación parcial de la reclamación, anulando el acto recurrido así como la licitación de la que tiene origen, determinando la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este Acuerdo, y en particular la obligación de establecer en las condiciones esenciales del contrato los términos de la negociación, y de proceder a llevar a cabo la adjudicación previa consulta y negociación de los términos del contrato con base en éstos con las empresas invitadas al efecto.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por don P.P.L., en representación de Exercycle S.L., frente a la propuesta de adjudicación del contrato de suministro de máquinas cardiovasculares para la sala de musculación de las instalaciones deportivas municipales de Huarte, anulando dicho acuerdo y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este Acuerdo a la mercantil Exercycle S.L., al Ayuntamiento de Huarte y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 14 de junio de 2013 EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL
VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.